Weitläufigkeit der Concursprocesse S. 430, will dadurch helfen, daß das Gericht frei von verwaltenden Geschäften bleibe, S. 443. Viel gutes, aber wieder Zersplitterung und Förmlichkeiten begünstigendes, enthält C. Satz 334 – 382. Vorzüglich überläßt er dem curator massae zu viel, während mit Recht v. G. sich S. 799 gegen diesen Curator erklärt, und ein am meisten dem baierisch. Concursprocesse sich nähernde Verfahren vorschreibt*).

II.

Uebersicht der Literatur des Civilprocesses vom Jahre 1815 bis 1818.

Von Mittermaier.

Wenn die Ausbeute, welche der Fleiß unserer Schriftsteller im Fache des bürgerlichen Processes seit den Jahren 1815 uns gab, auch der Extension nach nicht sehr groß ist, so hat doch desselben Gebiet durch wissenschaftliche Bearbeitung der Intension nach bedeutend gewonnen.

I. Von Lehr- und Handbüchern wurde zwar ein Lehrbuch Pfotenhauers (Professors zu Halle) über den bürgerlichen Proceß schon 1817, so wie von Grolmans trefflichem Lehrbuch die 4te Ausgabe auf Ostern 1818 angekündiget, beide aber sind noch nicht geliefert. Von Claproths Einleitung in den ordentlichen Proceß erschien 1816 – 1817 in zwei Bänden die 4te, von Dr. C. Ch. Wittich besorgte, hie und da mit einigen Zusätzen vermehrte, Ausgabe, die sich durch bessern

---

*) Eine Vergleichung der verschiedenen Concursordnungen aus der Feder eines trefflichen Praktikers wird in einem der nächstfolgenden Hefte abgedruckt werden.

Druck und Absonderung der Noten von der vorigen unterscheidet, übrigens aber kein Gewinn für den jetzigen Standpunkt der Wissenschaften ist. Von dem Handbuche zu Martins Lehrbuche von Dr. J. C. Gensler, I. Theil. Jena 1814., ist der Verf. dem Publikum den 2ten Theil noch schuldig geblieben*). Dagegen erschienen von ihm, 1) « Grundsätze der juristischen Vortrags- und formellen Entscheidungs-Kunde in gerichtlichen Rechtsgeschäften.» Erstes Stück, enthaltend die allgemeinen Vorkenntnisse u. s. w. Jena 1815, von welchen das versprochene zweite Bändchen auch noch im Rückstand ist. Nach des Verfassers ausdrücklichen Erklärung in der Vorrede ist dieses wissenschaftlich-practische Werk kein Lehrbuch, sondern ein Handbuch. Ein Urtheil dieses Orts würde der Bescheidenheit des Verfassers unangenehm seyn. 2) « Rechtsfälle für die juristische Praxis,» Heidelberg 1817, deren Zweck und Inhalt in der Classe rein practischer Schriften näher anzugeben ist. Martin beschenkte uns mit der fünften Auflage (1817) seines Lehrbuchs des bürgerlichen Processes. Fast die meisten §§. haben Zusätze erhalten, bei manchen ist zum Vortheil der Wissenschaft die Stellung verändert worden, z. B. bei den §§. 125. 126. 170—177. Eine Lücke des Lehrbuchs wurde durch die §§. 123 a — 123 f ausgefüllt, indem der Verf. nun auch die allgemeinen Grundsätze von dem Bekenntnisse, von der eidlich bestärkten Behauptung, von des Gerichts eigener Wahrnehmung α) vermittelst der eigenen Sinne, β) durch Schlußfolgerungen, von der rechtlichen Natur der Zeugnisse, u. von den gesetzlichen Vorschriften als besonderer Ueberzeugungsquelle von Thatsachen, hinzugefügt hat. Längst bestätigte öffentliches Urtheil und die Erfahrung den hohen Werth jenes Lehrbuchs.

II. Von philosophischen Deductionen des Civilprocesses ist nur eine Schrift erschienen: Theorie alles Civilprocesses oder der Meinstreitlehre,

---

*) Doch soll, nach seiner Versicherung, der zweite Band unter der Feder seyn und im laufenden Jahr 1818 im Druck erscheinen.

und einige Sätze über die Idee des Rechten von J. Schiestl, Sulzbach 1817. Der Versuch ist verunglückt, der Verf. gefällt sich nur in neuen Worten, in denen der ruhige Forscher oft keinen Sinn finden kann; z. B. S. 46 « die Legitimationslehre ist entweder das Streben, die Fixation des idealen Dolus zu vernichten, oder zu verstärken, oder eine neue Fixation statt der vorigen zu bewirken,» oder S. 50 «Klage ist Erweckung der Zweiheit in der Meinheit» u. s. f. Näher ist der Werth dieser Schrift in den Heidelberger Jahrbüchern, April 1818. nr. 25. pag. 388, gewürdigt.

III. Am meisten gewann der Proceß durch die Bearbeitung einzelner Lehren.

1) In der Lehre von den Gegenständen des Civilprocesses suchte a) v. Gönner in seinem Entwurfe eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. Erlangen 1815. Vorrede S. XVI. und Motive S. 45. den alten Streit zwischen Justiz- und Regierungssachen dadurch zu beseitigen, daß er für jene Sachen, welche theils die Rechte eines Privaten angehen, theils zugleich die Staatsverwaltung berühren, besondere Gerichte vorgeschlagen, und den administrativen Behörden einen richterlichen Character beigelegt hat. Nach ihm sollen reine Justizsachen, administrativ contentiose Sachen, und rein administrative Sachen unterschieden werden. Mit Recht zeigte dagegen b) der Recens. in der Hallischen Lit. Zeitung, 1816 nr. 184, daß dadurch dem Streite nicht vorgebeugt würde, c) und Rudhart zeigte in einer eigenen Schrift: über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden. Würzburg 1817, daß es keineswegs zweckmäßig sey, wenn man Rechtssachen den ordentlichen Gerichten entziehen wollte, daß die Justizverwaltung dabei nichts gewinne, daß vielmehr die Einfachheit verliere, daß häufig in solchen Sachen die administrative Behörde Partei und Richter zugleich sey, daß eine Gränzberichtigung dadurch nicht hergestellt, und der Justiz durch die Willkühr und das Nachhelfen administrativer Behörden geschadet werde. d) Gegen Gönner erklärt sich

auch Spaun in seinen polit. und literar. Phantasien. Germanien 1817 nr. IV. und im Aufsatze im Niederrheinischen Archive für Gesetzgebung, Rechtswissensch. herausg. von Sandt und Zum Bach. Cöln 1818. III. Bd. 4tes Heft, nr. 82. S. 240. Auch er hält den Vorschlag Gönners für gefährlich, zeigt, daß es an Jurisdictionsconflicten nicht fehlen werde, daß die ganze Ansicht auf Verwechslungen beruhe.

2) In der Lehre von der Legitimation zur Sache, (classisch bearbeitet durch Gensler in seinem Handbuche nr. V. S. 101) lieferte Mühlenbruch in der Schrift: die Lehre von der Cession, systematisch bearbeitet, Greifswalde 1817. S. 547. not. 25, einen Beitrag über die Frage: ob auch Eidesdelation zureiche, um die Legitimation zur Sache zu beweisen? Gensler S. 172 bejahte die Frage, Mühlenbruch verneint sie, indem das factum cessionis für den Schuldner ein ganz fremdes sey, das er ignoriren könne und müsse, daß durch die freilich zulässige relatio juramenti nichts gewonnen werde, indem, wenn der Cessionar schwöre, der Schuldner zahlen müßte, aber doch noch immer dem wahren Creditor verpflichtet bliebe, und so leicht doppelt zahlen könnte; die von Gensler angezogenen römischen Gesetze sprächen nicht für die Bejahung der Frage.

3) In der Lehre von den Gerichtsständen wurde das forum continentiae causarum von A. F. Hurlebusch in den Beiträgen zur Civil= und Criminalgesetzgebung und Jurisprudenz (Helmstädt 1817. II. Heft. nr. XIV. S. 124) in Schutz genommen und dabei vorgeschlagen, daß der Kläger sich an das Landesgericht wenden, sich dort über die Wahl des Gerichtsstandes erklären sollte, worüber das Gericht den künftigen Beklagten vernehmen und das Forum bestimmen müßte.

4) Zur Lehre von der Rechtsanhängigkeit und Prävention lieferte Bülow in seinen Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts, nr. VII. S. 215 Beiträge. Er zeigt, daß die Vorladung allein Prävention begründe (l. 7. D. de judic. l. 30. D. eod. l. 19. D. de jurisd.)

S. 220. daß der Kläger durch Auswirkung der Vorladung sich selbst verpflichte, den Streit vor jenem Richter fortzusetzen (l. 13. §. 2. Cod. de judic. Nov. 112. cap. 3. §. 1. und die nicht glossirte l. 19. D. de jurisd.) S. 222. daß, wenn beide Theile nicht erscheinen, alle Wirkungen sich aufheben. (l. 73. §. 2. D. de judic.) So entwickelt der Verf. auch die weiteren Wirkungen des Ungehorsams.

5) In der Lehre von den Nebenpersonen widerlegte in Ansehung des dominii litis Mühlenbruch in der Schrift über Cessionen S. 32 die gewöhnliche Vorstellungsweise vom dominio litis und erklärt mit Beziehung auf Doneau Coment. jur. civ. lib. XVIII. c. 12. p. m. 1045 die rechtlichen Wirkungen.

6) Bedeutend hat die Lehre von der Edictalcitation gewonnen durch 2 Schriften. a) Ueber Edictalladungen und Edictalproceß außerhalb des Concurses mit Hinsicht auf particuläres Recht von Dr. C. A. Haase. Leipzig 1817. S. 228. b) Ueber die Edictalcitationen in Gegenständen des Civilrechts, von Dr. J. B. Nibler. Straubing. 1817. S. 140. — Diese wichtigen Citationen waren bisher nur dem schwankenden Gerichtsgebrauche überlassen, welcher entweder, ohne sich um Gesetze zu kümmern, in allen Fällen, wo die Parteien diese Vorladungen verlangten, aus staatswirthschaftlichen Rücksichten sie gestattete, oder strenger und treuer den Gesetzen (Clem. I. de judic.) und dem Grundsatze, daß niemand zum Klagen gezwungen werden sollte, die Vorladung zum Nachtheile des öffentlichen Credits oder im Widerspruche mit particularrechtlichen Instituten beschränkte. Der Verfasser der ersten Schrift entwickelt zuerst den Begriff der Edict. Cit. und führt die Ursachen S. 11 auf drei Classen zurück. I. Wenn selbst der Name des Vorzuladenden unbekannt ist, II. wenn zwar der Name bekannt, aber der Aufenthaltsort unbekannt, und nicht auszumitteln ist. III. Wenn Name und Aufenthaltsort bekannt ist, aber die Einhändigung der Privatvorladung verhindert wird. S. 28 untersucht der Verfasser die Rechtmäßigkeit der Präclu-

sion, fordert S. 31, daß der von Nichtbeachtung solcher Provocationen abhängige Nachtheil nicht weiter gehen dürfe, als der mit möglichster Aufrechthaltung fremder Rechte zu erreichende Zweck der Aufforderung schlechterdings nothwendig macht, und wenigstens der Regel nach nicht im gänzlichen Verluste des Rechtes bestehen kann. Einzeln wird dann gehandelt S. 33 von d. E. C, wegen Bewirkung der Cassation ungelöschter Hypotheken, S. 40 wegen Aufhebung stillschweigender Hypotheken, S. 48 von E. C. wozu gerichtliche deposita Veranlassung geben, S. 56 wegen Antritts einer Erbschaft, S. 63 von E. C. der Gläubiger zur Bewirkung eines gerichtlichen Accords, S. 75 bei Fideicommissen, S. 81 wegen Lehensportionen, S. 85 von E. C. unbekannter Erben, S. 101 der verschollenen und derjenigen, die an ihrem Vermögen Anspruch haben. Die Erörterung ist vollständig und practisch, so wie die III. Abtheilung S. 161. vom Edictalprocesse. Der Verf. der 2ten Schrift zeigt S. 6, daß die E. C. erlassen werden kann, 1) wenn der ausländische Richter die Insinuation der Ladung an die citirte Person verweigert, 2) wenn der Aufenthaltsort des Vorzuladenden unbekannt ist, 3) wenn die vorzuladende Person unbekannt ist, a) wenn man zwar weiß, sie müsse existiren, aber nicht weiß, wer sie sey, b) wenn man nicht einmal weiß, ob eine solche Person existire. Nur der Fall 3. b. ist nach dem Verfasser schwierig. S. 18 unterscheidet der Verfasser die Nachtheile, welche die Ausbleibenden treffen, und setzt den Zweck der E. C. S. 43 darein, daß die Bürger, ungeachtet des unvermeidlichen beständigen Verkehrs, in ihren Rechten gesichert seyen, und zwar a) diejenigen, welche das Recht auf Leistung eines Menschen erwarben, b) welche, ohne es zu wissen, um jene Leistungen noch angesprochen werden können, c) und die übrigen Menschen, die mit den letzteren in Verkehr kommen können; nur dann S. 47 ist die E. C. erlaubt, wenn es den einzelnen Bürgern unmöglich ist, für ihre Sicherheit auf andere Weise zu sorgen; die Wirkung d. E. C. S. 50 kann nie größer seyn, als ihr Zweck es erheischt, und wird verschieden

seyn, je nachdem Sicherheit erreicht werden soll; aber S. 64 ein Nachtheil kann die Ausbleibenden nicht treffen, wenn es nicht für ihre Nachlässigkeit gehalten werden kann, daß sie der richterlichen Vorladung nicht nachkamen. Alle diese Regeln sind gut durch Beispiele erläutert. Der Verfasser will S. 78 d. E. C. zulassen, 1) wenn ein unbekannter Interessent durch irgend eine vorzunehmende Handlung verletzt werden könnte, und ihm also daran liegt, daß die Sache zu seiner Kunde gelange, 2) wo es ungewiß ist, ob es einen rechtmäßigen Contradictor gebe und wer dieser sey, wo folglich die handelnden Personen durch den unbekannten Berechtigten verletzt werden könnten. Besonders abgehandelt wird d. E. C. S. 83 im Concurse. S. 87 bei der Vergantung eines Gutes, S. 90 bei dem Fristen- und Nachlaßvertrage, S. 91 bei dem Privatverkaufe liegender Güter (mit Beziehung auf l. 25. §. 1. D. de contr. emt. und l. 52 p. D. de act. emt.) S. 96 bei Erbschaften, wenn man nicht weiß, ob es nicht vorzüglichere Erben gebe, (l. 40 D. de hered. petitione l. 13 §. 4. D. ejusd. tituli. l. 5. Cod. de bon. vac.) S. 107 bei Erbschaften, wo man nicht weiß, ob es nicht unbekannte Gläubiger giebt, (l. 5. D. de jure delib.) S. 120 bei Auflösung einer Verbindung mehrerer Personen zu Rechtsgeschäften l. 11. §. 2. D. de instit. act.

7) Zur Lehre von den Einreden hat Beiträge geliefert a) Mühlenbruch in der Schrift über Cessionen, S. 557, indem er den Begriff von dinglichen und persönlichen except. und die zweifache Bedeutung erörterte, und über das Verhältniß des Vertheidigungsrechts zum Rechte des Klägers, dann über die Fundamente der Einreden sich erklärt. b) Ueber die Wirkung der proceßhindernden Einrede, welcher eine illiquide Replik entgegengesetzt wird, erklärt sich C. Lauk observat. forenses circa quaedam processus civilis capita. Wirceburgi 1817. obs. I. Der Verfasser führt den Fall an, wo der Beklagte einem Kläger, welcher den Rest des Kaufschillings forderte, die proceßhindernde Einrede der Zahlung entgegensetzte und durch Quittung

vollständige Zahlung bewies, worauf der Kläger replicirte, «daß er die Quittung nur in Trunkenheit und in dolo et errore geschrieben habe.» Der Verfasser zergliedert die 3 möglichen Wege, 1) entweder den Beklagten loszusprechen und die illiquide Replik ad separatum zu verweisen, 2) ihn anzuhalten, daß er litem contestire, und die proceßhindernde Einrede als solche nicht anzuerkennen, oder 3) dem Kläger den Beweis der Replik aufzulegen. Er sucht zu zeigen, daß es in der Willkühr des Klägers stehe, jeder sogenannten proceßhindernden Einrede ihre Wirkung als solche zu rauben, wenn der Kläger eine specielle, sie zerstörende Replik entgegensetzt.

8) Die Lehre von der Widerklage gewann durch Beiträge Mühlenbruchs in der erwähnten Schrift über Cessionen, S. 552; er zeigt, daß zwar das Wort reconventio die Römer nicht kannten, (l. 5. Cod. de fruct. et lit. exp. ist nicht glossirt und von Cujas obs. lib. XII. cap. 21. erst aus den Basiliken restituirt) daß es aber nach römischen Proceß dem Beklagten frei stand, auch seine eigenen Ansprüche geltend zu machen, (l. 18. §. 4. D. comodat. l. 1. Cod. rer. amot. l. 14. Cod. de sent. et interl. l. 4. D. de procur. l. 1. D. de extraord. cogn. l. 18. D. de comp.) dann zeigt der Verfasser, daß sich der Cessionar auf eine Widerklage nicht einzulassen brauche, die auf einem besondern Verhältnisse zwischen Schuldner und Cedenten beruht.

9) Ueber den Beweis überhaupt hat Pratobevera in seinen Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten, (Wien 1816) II. Band nr. I. S. 1—91, viele, zwar oft nur auf die österreichische Gerichtsordnung bezügliche, aber auch mehrere allgemein interessante Bemerkungen geliefert. Z. B. S. 26 über den Unterschied zwischen Läugnen, Gegenbeweis und Einwendungen, S. 55, über Vermuthungen und den Beweis durch dieselben. S. 69, von der Collision der Beweismittel, über Anticipation des Beweises.

10) Die Lehre von der Beweislast hat a) theils durch eine eigene Schrift darüber, b) theils durch Erörterungen über einzelne schwierige Fälle gewonnen. Trefflich ist ad a. hier N. Borst über die Beweislast im Civilprocesse. Bamberg 1816. S. 148. Ueber Beweislast stellt er S. 8. die Regel auf: wer eine Klage oder Einrede, Replik oder Duplik, vor Gericht geltend machen will, und nach der Lage des Processes geltend machen kann und muß, um zu siegen, der muß das zu deren Begründung Erforderliche rechtlich noch ungewisse Seyn der Thatsache und das ungewisse Nichtseyn der ihr widersprechenden Merkmale, so wie das nicht notorische Gesetz beweisen. In Bezug auf den Beweis verneinender Sätze, S. 25, zeigt der Verfasser, daß ein solcher Beweis möglich, daß er auch nothwendig sey, es kömmt aber nach ihm darauf an, wie das Recht durch das Nichtseyn der Thatsache bedingt ist; nur da muß die Negation bewiesen werden, wo die ursprüngliche Entstehung des Rechts, nicht aber blos dessen Reife und Vollendung, vom Nichtseyn abhängt. S. 47 zeigt er, daß es nicht wahr sey, daß die praesumtio juris von der Beweislast befreie, sie bewirkt nur, daß derjenige, der sich auf solche Thatsachen stützt, nur eine andere beweisen darf, welche den Vermuthungsgrund enthält; nach mehreren Bemerkungen über Vermuthungen zeigt besonders S. 61 der Verfasser, daß die Behauptung irrig sey: was als Regel gelte, brauche nicht erwiesen zu werden. In der 2ten Abtheilung macht er nähere Anwendung der allgemeinen Regel. Nach ihm muß jede Partei darthun I. in Bezug auf die äußerlichen Bedingungen eines Antrages, 1) daß derselbe von ihr, 2) wider den bestimmten Gegner, 3) vor dem bestimmten Gerichte geltend gemacht werden könne. II. In Bezug auf den innern Gehalt eines Antrages muß gezeigt werden, 1) daß die Thatsache, wovon eine Klage oder Einrede abhängt, überhaupt auf eine rechtsgültige Weise geschehen und 2) daß in derselben alle zur Rechtswirkung erforderlichen Bedingungen enthalten seyen. Nach diesen Rücksichten sind die einzelnen Fälle erörtert.

b) Einzelne Beiträge zur Lehre von der Beweislast liefert α) Mühlenbruch in der Schrift über Cessionen, S. 548. in Ansehung des Beweises bei der lex Anastasiana. Nach seiner, die verschiedenen Meinungen vereinigenden, Ansicht soll zwar der Cessionar beweisen, daß er soviel zu fordern habe, als er geltend machen will; da aber Illegalitäten nicht vermuthet werden, so genügt es, wenn er seinen Beweis auf ein der Form nach gültiges Geschäft gründet, wozu aber bei der Cession nur Willenserklärung des Cedenten nothwendig ist. Ist diese erwiesen, so liegt dem Schuldner der Beweis ob, daß die Forderung um geringeren Preis verkauft worden sey. β) Hofinger in der Schrift über widerrechtliche Begünstigung ausserehelich geschwängerter Mädchen, Landshut 1817. greift mit Recht die in der Praxis häufig vorkommenden Ansichten an, nach welchen man sich zur Verurtheilung wegen Schwängerung begnügt, wenn die Geschwängerte nur beweist, daß der Beklagte mit ihr den Beischlaf gepflogen habe, daß man so leichtsinnig die Umstände der näheren Bekanntschaft auch als Praesumtiones des Beischlafs gelten lasse; er zeigt, daß man das Beweisthema nicht auf den Beischlaf überhaupt, sondern auf die Paternität richten sollte.

c) Fr. Maier de vera exceptionis non numeratae pecuniae indole. Wirceburg. 1817 zeigt besonders S. 30—32, daß die exc. non n. p. keine wahre exceptio, sondern Abläugnung des Klagegrundes sey, daher dem Kläger die Beweislast obliege, und erörtert S. 68 die Beschaffenheit des post biennium erlaubten Gegenbeweises.

d) Bülow in den Abhandlungen nr. XV. erörtert die Beweislast bei der Klage gegen denjenigen, welcher mit dem Kläger als Bevollmächtigter einen Vertrag geschlossen hat.

11) Die Lehre von dem Geständnisse ist behandelt von Pratobevera in den Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in Oesterreich, III. Band, nr. II. S. 51. Auszeichnung verdienen die Bemerkungen S. 69 über die Frage, ob das Geständniß nur vor dem competenten Gerichte gültig abge-

legt werden könne? (cap. 4. X. de judic.) S. 74 über Wirkung des Geständnisses auf dritte Personen und auf andere Processe, S. 80 über das Recht der Vertreter, Geständnisse für andre abzulegen. S. 94 über das außergerichtliche Bekenntniß, S. 102 über qualificirtes Geständniß, wobei er 3 Fälle scheidet, 1) wenn der Beklagte statt des vom Kläger erzählten Factums ein anderes in wesentlichen Umständen abweichendes und dem Grunde der gegnerischen Forderung entgegenstehendes behauptet, 2) wenn der Beklagte mit dem Kläger in allen Umständen, die zur Begründung seiner Forderung hinreichen, gänzlich übereinstimmt, aber im Geständnisse nachgefolgte Ereignisse anführt, wodurch jenes zugestandene Factum in den rechtlichen Folgen aufgehoben und modificirt würde, 3) wenn der Beklagte in das Geständniß Umstände einwebt, welche mit einer gesetzlichen Vermuthung streiten.

12) In der Schrift von Welsch: «wann und in welcher Art ist nach baierischem Processe ein besserer Beweis zulässig,» Neuburg 1816, findet sich manche, auch auf den gemeinen Proceß bezügliche Stelle, z. B. S. 13. Der Verfasser läßt kein Interlocut auf besseren Beweis zu, selbst nicht bei dem anticipirten Beweise, sobald eine Gesetzgebung, wie es die baierische gethan hat, befiehlt, daß er bei dem anticipirten Beweise so gehalten werden sollte, wie bei dem durch Interlocut aufgelegten. Eben so wird umständlich die Unzulässigkeit des besseren Beweises in F. v. Aretins Jahrbüchern der Gerechtigkeitspflege in Baiern. II. Band. Neuburg 1818. nr. IV. S. 38. behauptet, während Freiherr v. Sekendorf, in den nämlichen Jahrbüchern, S. 123, mit Beziehung auf das Oberappellationsgericht ihn zuläßt.

(Die Fortsetzung im nächsten Hefte, und dann auch eine gleiche Uebersicht der der Theorie des Civilrechts angehörigen neuesten Literatur).
